

الفصل الأول : حقيقة الاستحسان

المبحث الأول: حقيقة الاستحسان وضوابطه وأنواعه

المطلب الأول: تعريف الاستحسان لغة واصطلاحاً

أولاً : تعريف الاستحسان لغة

الاستحسان على وزن استفعال وهو مأخوذ من الحسن , والقبح ضده ونقيضه¹ , وقيل هو وجود الشيء حسناً² , أو معناه طلب الأحسن من الأمور³ . ويذكر ابن فارس⁴ أن الحاء والسين والنون أصل واحد وهو الحسن ضد القبح , يقال رجل حسن وامرأة حسنة وحسنانة , وقيل إنه قول الشيء على صفة الحسن , وقيل إنه فعل المستحسن , وهو رؤية الشيء حسناً⁵ . وقد وردت كلمات تحتوي على مادة الكلمة فيما يقارب مائتي موضوع من

¹ ابن فارس : أحمد بن فارس بن زكريا (ت : 395هـ) , معجم مقاييس اللغة , ط1, 2م , تحقيق : عبد السلام هارون, دار الجليل بيروت 1991م , 2\57-58. وابن منظور : جمل الدين محمد بن مكرم (ت : 711هـ) لسان العرب , ط1, 15م, دار بيروت 1968م, 13\114.

² العلاء الأسمندي : ابو الفتح محمد بن عبد الحميد بن الحسين بن الحسن بن حمزة السمرقندي عبد البر, محمد زكي. , بذل النظر , ص 649 .

³ لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت : 1094هـ\1683م) , ط2, مؤسسة الرسالة بيروت 1419هـ\1998م , 1\148 .

⁴ هو أبو الحسن أحمد بن فارس زكريا القزويني الرازي و كان إماماً في اللغة , ومشاركاً في عموم شتى , أصله من قزوین , أقام في همدان مدة ثم انتقل إلى الري فنسب إليه و توفي سنة 395 و قيل سنة 390 و قيل غير ذلك من مؤلفاته : معجم مقاييس اللغة , والمجمل في اللغة , والصاحي , والفصيح , وتمام الفصيح وغيرها .(وفيات الأعيان 100\1)

⁵ بدائع الصنائع 5\118.

القرآن الكريم , وقيل أيضا هو ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني , وإن كان مستقبجا عند غيره⁶.

ثانيا : تعريف الاستحسان اصطلاحا

لقد تباينت تعريفات العلماء الحنفية للاستحسان , وذلك لأنهم عبروا عن مصطلح الاستحسان في ثلاثة معان رئيسية , هي أنه ترجيح دليل على دليل , أو أنه الدليل الذي عارض القياس , أو أنه القياس الخفي , وإليك وبيان هذه المعاني :

المعنى الأول

إن الاستحسان هو منهج في الاجتهاد يتم خلاله ترجيح دليل على دليل , ويميز هذا المعنى في تعريف الإمام أبي الحسن الكرخي⁷ وتلميذه الجصاص⁸.

وقد نقل عن الإمام أبي الحسن الكرخي تعريفان للاستحسان , لم أجد فرقا بينهما إلا أن أحدهما أحصر من الآخر.

⁶ الإحكام في أصول الأحكام للآمذي 4\157.

⁷ عبد الله بن حسين الكرخي , أبو الحسن , انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق , مولده بالكرك , ووفاته ببغداد سنة (340هـ) له الرسالة في الأصول التي عليها مدار الفروع عند الحنفية . المراغي : عبد الله مصطفى , الفتح المبين في طبقات الأصوليين , المكتبة الأزهرية للتراث , القاهرة 1999 م , 1\197-198.

⁸ أحمد بن علي الرازي , أبو بكر , فاضل من أهل الرأي , سكن بغداد , ومات فيها سنة 370هـ , درس الفقه على أبي الحسن الكرخي , وتخرج عليه له أحكام القرآن , والفصول في الأصول. المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين 1\214-216.

التعريف الأول لأبي الحسن الكرخي : وقد رواه عن تلميذه الجصاص هو : ترك حكم إلى حكم هو أولى منه⁹.

التعريف الثاني لأبي الحسن الكرخي : هو الذي ينسب إليه في معظم كتب الأصول : هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه , لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول¹⁰ .

وعرفه أبو بكر الجصاص بأنه : "ترك القياس إلى ما هو أولى منه"¹¹.

ونلاحظ مما تقدم ما يلي

أولاً : إن تعبير الإمامين عن الاستحسان بأنه " ترك أو عدول " يشير إلى أن الاستحسان منهج يسلكه المجتهد , يتم خلاله الترجيح بين دليلين متعارضين أحدهما أقوى من الآخر .

ثانياً : إن تعريف إبي البكر الجصاص أذق من تعريفي الكرخي , لأنهما غير مانعين , لأنه يدخل فيها ترك حكم العموم إلى حكم التخصيص و وترك حكم المنسوح إلى حكم الناسخ , وليس من الاستحسان في شيء , بينما وضع الجصاص أن الاستحسان يتعلق بترك

⁹ الجصاص , أحمد بن علي الرازي , (ت: 370) الفصول في الأصول , ص344 , ط1, 1م , دار الكتب العلمية , بيروت , 2000م

¹⁰ البصري : محمد بن علي بن الطيب , أبو الحسين (ت : 436) : المعتمد , ط1, 2م , دار الكتب العلمية , بيروت , 1983م 296/2

¹¹ الجصاص : الفصول في الاصول , ص 344.

القياس , والأمر كما قال , لأن الاستحسان طريقة في الاجتهاد يتم خلالها ترجيح أحد الدليلين المتعارضين إذا كان أحدهما قياسا .

ثالثا : من عيوب التعريف الثاني للكرخي قوله " أن يعدل الإنسان " والأصح أن يقال " أن يعدل المجتهد " لأن الاستحسان اجتهاد فلا يصح من أي إنسان فلا يصح من أي إنسان بل من المجتهد فقط¹² .

المعنى الثاني

إن الاستحسان هو الدليل الذي يعارض القياس الجلي , ويظهر هذا المعنى في تعريف الإمام أبي زيد الدبوسي¹³ , والإمام السرخسي¹⁴ .

حيث عرفها الدبوس بقوله : " اسم لضرب دليل يعارض القياس الجلي¹⁵ " .

وعرفه السرخسي بقوله : هو الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل إتهام التأمل فيه¹⁶ .

¹² الترتوي , الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه , ص154

¹³ عبد الله بن عمر بن عيس الدبوسي , أبو زيد , الفقيه الحنفي , توفي سنة 430هـ له تقويم الأدلة وتأسيس النظر و غيرهما . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين , 1/248.

¹⁴ محمد بن أحمد بن سهل السرخسي , أبو بكر , قاض من كبار الحنفية و توفي سنة 483هـ , له أصول السرخسي والمبسوط . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين , 1/277-278.

¹⁵ الدبوسي : عبد الله بن عمر , ت 430 , تقويم الأدلة في أصول الفقه , ط1 , 1م , دار المتب العلمية , بيروت , 2001م , ص404.

ونلاحظ ما تقدم :

أولاً : أن الإمامين قد جعل الاستحسان دليلاً , وغايراً المعنى السابق الذي يعتبر فيه الاستحسان منهجاً وطريقة للترجيح بين الدليلين المتعارضين إذا كان أحدهما قياساً .

ثانياً : خُصَّ الاستحسان عند الإمامين بمعارضته للقياس الجلي الظاهر , وقد يفهم منه أنه القياس الأصولي , وفي هذا نظر , لأن القياس الأصولي لا يقوى على معارضة الدليل إذا كان نصاً أو إجماعاً بالاتفاق¹⁷ , بل ولا يصح معارضا , لكنه يصح معارضا لقياس أصولي آخر, فصار حمل مصطلح (القياس الظاهر) على الأصول والقواعد العامة بالإضافة إلى قياس الأصولي لازماً¹⁸ , لأن هذه الأصول والقواعد في قوة النص من حيث صحة الاستدلال بها , وبناء الحكم عليها , وإلزام المكلف بالعمل بمقتضاها¹⁹ .

ثالثاً : إن سبب وجود المصطلح (القياس الظاهر) هو أن الحنفية استنبطوا علل الأحكام من النصوص , ثم عمموا أحكامها , فصار كل موضع تثبت فيه العلة المستنبطة يأخذ حكم الأصل الذي علل , لأن فائدة تعرّف العلة هي تعدية حكمها إلى موضوع لا نص فيه .

¹⁶ السرخسي : محمد بن أحمد , ت 483 و أصول السرخسي , ط2, م1 , تحقيق: د. رفيق العجم , دار المعرفة , بيروت , 1998م , 190/2 .

¹⁷ التفتازاني : التلويح على التوضيح , 82/2 .

¹⁸ عبد الوهاب خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه , ص74 , زيدان : عبد الكريم , الوجيز في أصول الفقه , مؤسسة الرسالة , بيروت , ص231 .

¹⁹ الدريني : محمد فتحي و المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي , ط3 , م1 , مؤسسة الرسالة , بيروت , 1997م , ص17 و ص37 .

لذلك اعتبرت تلك العلل العامة أصولاً يعرض عليه كل ما يستجد من مسائل لا نص فيها , وكان الفقيه يقيس عليها , وعرفت تلك العلل العامة أو القواعد باسم (القياس الظاهر)²⁰.

ولا يخفى على أن هذا التعميم للعلل قد يصطدم في بعض المسائل بوجود معارض من نص أو إجماع أو ضرورة , وفيتين عندها خطأ تعميم العلة في هذا الموضع , فيأخذون بالنص أو الإجماع أو الضرورة أو القياس الأقوى , ويسمون استحصانا²¹.

وأضرب مثالا يوضح الكلام السابق :

الأصل أن يبيع المعدوم غير جائز , وهو منهي عنه وهو يعتبر بيع الغرر²².

ومما فسر به الغرر أنه بيع ما ليس عند الانسان²³ , فإن كان بيع ما ليس عند الإنسان - مع إمكانية وجوده وتحصيله - منهي عنه , فبيع المعدوم يدخل في النهي من باب أولى²⁴.

²⁰ أبو زهرة , أصول الفقه , ص 268.

²¹ السرخسي , أصول السرخسي , 192/2 , وأبو زهرة : محمد بن أحمد , أبو حنيفة , دار الفكر العربي , القاهرة , 1997م , ص 287.

²² عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر" . مسلم : مسلم بن الحجاج (ت: 261هـ) صحيح مسلم , ط 6 , 10م , الطبعة الكبرى الأميرية ببولاق , مطبوع على هامش إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري للقسطاني 1885م , كتاب البيوع , باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه الغرر , 357/6.

²³ الزيلعي : عبد الله بن يوسف (ت: 762هـ) , نصب الراية , ط 1 , 4م , مؤسسة الريان بيروت , 1997م , 40/4.

²⁴ الكرلاني : جلال الدين الخوارزمي , الكفاية على الداية , دار إحياء التراث العربي , بيروت , د.ت , على هامش شرح فتح القدير , 204/6.

وليس السلم إلا بيعا للمعدوم , فيدخل في علة النهي عن بيع الغرر, ويأخذ أحكامه, هذا هو القياس , لاستراكما في علة النهي وهي : الوقوع في المنازعة بسبب عدم القدرة على توفير المبيع , فالمفروض أن يكون بيع السلم منهيا عنه ومحرمًا.

لكن لما جاء النص بإباحة بيع السلم بقوله صلى الله عليه وسلم : من أسلف في شيء ففي كيل معلوم , ووزن معلوم , إلى أجل معلوم " ²⁵ . قطع بيع السلم عن حكم نظائره , لأن النص المبيح قد بين أن علة النهي عن بيع المعدوم غير موجود في بيع السلم, أو هي موجودة لكن الشارع أهمل وجودها , أو استثنى السلم من حكمها , فكان له حكم الجواز الثابت بالنص.

المعنى الثالث :

إن الاستحسان هو القياس الخفي , وهو ما كان مقابلا للقياس الظاهر الجلي . لذلك نجد الإمام البزدوي ²⁶ يعرف الاستحسان مشيرا إلى المعنى السابق بقوله : "هو أحد القياسين" ²⁷.

²⁵ البخاري : محمد بن إسماعيل (ت: 256) , صحيح البخاري , ط1, 13م, المطبعة الخيرية , القاهرة , مطبوع على هامش فتح الباري لابن حجر, 1899م , كتاب السلم , باب السلم في وزن معلوم, 291/4.

²⁶ علي بن محمد البزدوي , ابو الحسن , فخر الإسلام , فقيه أصولي من أكابر الحنفية , كان لأصوله أهمية كبرى , دعت العلماء لشرحها , له كنز الأصول إلى معرفة الأصول , وغناء الفقهاء وغيرها , توفي سنة (482هـ) . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين 286/1.

²⁷ البزدوي : علي بن محمد (ت: 482هـ) أصول البزدوي , ط3, 4م, دار الكتاب العربي , بيروت, 1997م, 7/4, مطبوع مع كشف الأسرار للبخاري .

وصرح بهذا المعنى الإمام عبد العزيز البخاري²⁸ حيث قال : "قال بعض أصحابنا : الاستحسان هو القياس الخفي"²⁹ . بل ونبه الإمام صدر الشريعة المحبوبي³⁰ بقوله : "واعلم أنا إذا ذكرنا القياس نريد به القياس الجلي , وإذا ذكرنا الاستحسان نريد به القياس الخفي , فلا تنس هذا الاصطلاح"³¹.

ونلاحظ مما تقدم :

أولا : إن معنى الاستحسان صار يختص بالقياس الخفي كما ذكر البزدوي³² وصدر الشريعة³³ , ولما كان معناه أعم من ذلك عند سلفهم نجد الإمام صدر الشريعة ينبه على أن الاستحسان أعم من القياس الخفي , وأن كل قياس خفي استحسان , وليس كل استحسان قياسا خفيا .

²⁸ عبد العزيز بن أحمد بن محمد , علاء الدين البخاري , الفقيه الحنفي الأصولي , له كشف الأسرار , وهو شرح على أصول البزدوي , توفي سنة : (730هـ) . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوايين 141/2.

²⁹ البخاري : كشف الأسرار 8/4.

³⁰ عبيد الله بن مسعود بن تاج الشريعة , صدر الشريعة الأصغر , الفقيه الأصولي الحنفي , المحدث المفسر , له شرح كتاب الوقاية , وقد احتصره وسماه النقاية , وله متن التنقيح , وقد شرحه بالتوضيح , وهما في أصول الفقه , توفي سنة : (747هـ) . المراغي : : الفتح المبين في طبقات الأصوايين 161/2.

³¹ المحبوبي : 82/2, مع أن صدر الشريعة قد صرح أن أصح تعريف للاستحسان هو : دليل يقع في مقابلة النقياس الجلي . المحبوبي : التوضيح لمتن التنقيح 81/2).

³² سبق ترجمته ص 7

³³ عبد الله بن مسعود بن محمود البخاري الحنفي صدر الشريعة الأصغر من صدر الشريعة الأكبر من علماء أصول الفقه والدين له كتاب التنقيح في أصول الفقه وشرح التوضيح وكتاب شرح الوقاية في فقه الأحناف توفي في بخارى.

(<http://www.elazhar.com>)

ولخص التفتازاني³⁴ المسألة بقوله : " الاستحسان غلب في اصطلاح الأصول على

القياس الخفي خاصة , كما غلب اسم القياس على القياس الجلي تمييزا بين القياسيين , وأما في الفروع فإطلاق الاستحسان على النص والاجماع عند وقوعهما في مقابلة القياس الجلي شائع³⁵ .

فإطلاق الاستحسان على القياس الخفي اصطلاح أصولي , أما في الاصطلاح الفروع فهو أعم وأشمل .

ثانيا : يلتقي هذا المعنى للاستحسان مع المعنى الأول في أنه ترجيح لدليل على دليل , حيث يرجح هنا القياس الخفي على القياس الجلي , ويلتقي مع المعنى الثاني في كونه يسمى دليلا , إذا القياس جليا كان أو خفيا يسمى دليلا شرعيا.

والحاصل من كل ما تقدم :

أولا : لا يخرج معنى الاستحسان من حيث الحقيقة عن : ترجيح دليل على دليل عند التعارض إذا كان أحدهما قياسا أصوليا , أو قاعدة عامة , أو أصلا كليا .

³⁴ مسعود بن عمر التفتازاني , سعد الدين , من أئمة العربية والبيان والمنطق , شافعي المذهب , له التلويح في كشف حقائق التنقيح في الأصول , وتهذيب المنطق والكلام , شرح العقائد النسفية وغيرها , توفي سنة (793هـ) .
المراغي : : الفتح المبين في طبقات الأصاوين 214/2.

³⁵ التفتازاني , التلويح على التوضيح 82/2.

ثانيا : صار معنى الاستحسان يضيق ويتحدد , مما جعله أكثر وضوحا , فبعد أن كان يشار إليه بمجرد ترك دليل وأخذ آخر , صار معناه الدليل الذي يعارض القياس الظاهر , إلى أن انتهى الأمر إلى إطلاقه على القياس الخفي عند أهل الأصول , ولا يخفى أن القياس خفيا كان أو جليا هو دليل شرعي .

ثالثا : إن سبب وجود الاستحسان هو منهج الحنفية في تعميم علل النصوص , ومصادمة هذا التعميم لنصوص أخرى , أو إجماع , أو ضرورة , أو قياس أقوى , مما يبين خطأ هذا التعميم , فيترك التعميم ويأخذ بالنص أو الاجماع أو الضرورة.

رابعا : إذا جعل (القياس الظاهر) مقابلا للقياس الخفي , فلمقصود بالظاهر القياس الأصولي , أما إذا جعل (القياس الظاهر) مقابلا لدليل , فيجب أن يفهم على أنه الأصول والقواعد العامة , بالإضافة بالقياس الأصولي .

المطلب الثاني : ضوابط الاستحسان

إن الاستحسان سواء كان منهجا من مناهج الاجتهاد أو دليلا من أدلة التبعية لا بد أن تحكمه ضوابط شرعية تنظم عمل المجتهد وتحكمه , وتنير الطريق أمامه في اجتهاده , وتشد باب الهوء والتشهبي أمام كل جاهل أو مفسد .

ومن الجدير بالذكر أن الحنفية لم يفرّدوا ضوابط الاستحسان بالبحث , لأنها معلومة لديهم بالبداية , ولكن يمكن للباحث استقراؤها من خلال ما كتبه في الفروع والأصول³⁶ لنجد أنها ستة ضوابط رئيسية :

الضابط الأول : أن يكون الحكم الاستحساني محققا لمقاصد الشريعة العامة :

إن مقصد الشريعة الإسلامية المطهرة هو تحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل , وذلك عن طريق أحكامها وتكاليفها الشرعية , فالعمل بتلك الأحكام والتكاليف يضمن حفظ مقصدها في الخلق .

ويمكن تقسيم مقاصد الشريعة في الخلق إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : الضروريات : وهي التي بها قيام مصالح الدين والدنيا³⁷ , ومجموع الضروريات الخمسة هي : حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال .

القسم الثاني : الحاجيات : وهي التي يحتاج إليها للتوسعة ورفع الضيق والحرج والمشقة³⁸

القسم الثالث : التحسينات : وهي التي يؤخذ بها لتحقيق مكارم الأخلاق³⁹.

³⁶ وهذا ما فعله د. محمد عبد اللطيف " الفرفور في كتابه (نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسلّة) , دار دمشق 1985م, ص 55-56.

³⁷ الشاطبي : إبراهيم بن موسى (ت: 790هـ) , الموافقات في أصول الشريعة , ط 1 , 4م , دار إحياء التراث العربي بيروت , 2001م, 9/2.

³⁸ الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة 2/ 11.

³⁹ مصدر السابق 12/2.

إن الحكم الاستحساني يجب أن يكون سائرا في ظل هذه المقاصد , لا يبغى عنها
حوالا .

وأضرب مثالا يبين كيفية تحقيق الأحكام الاستحساني لمقاصد الشريعة :

لقد نهى النبي صلى الله عليه عن بيع الغرر⁴⁰ , وفسر بأنه بيع ما ليس عند الإنسان
, وهذا منهي عنه أيضا⁴¹ , لأن فيه تعليقا بالخطر , فقد يجد الإنسان ما باع وقد لا يجده ,
وقد يقدر على تحصيله وقد لا يقدر , فإذا قدر على تحصيله فقد يقبله المشتري وقد يردده
بخيار الرؤية لأنه اشترى ما لم يره , وقد يتعذر على البائع رده إلى من اشتراه منه أو التصرف
فيه , فإذا كان بيع ما ليس عند الإنسان - مع وجود القدرة على تحصيله - منهيًا عنه ,
فبيع المعلوم أولى بالنهي لأنه يفضي إلى المنازعة والخلاف , فبيع المعلوم غير جائز , وهذا
هو الأصل في عقد البيع.

⁴⁰ تقدم تخرجه وشرحه ص6

⁴¹ عن حكيم بن حزم أنه قال : أبيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس
عندي , أبتاع له من السوق ثم أبيع ؟ قال : " لا تبع ما ليس عندك " . وعنه رضي الله عنه أنه قال : " نهاني رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن أبيع ما ليس عندي " . رواهما الترمذي وقال : حديث حكيم بن حزام حديث حسن ,
الترمذي : سنن الترمذي , كتاب البيوع , باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك , برقم (1232, 1233)
ص358-359).

وقد جوز الشارع بيع السلم : وهو بيع المعدوم وقد ثبت على خلاف الأصل المتقدم
(القياس) , فهل يحقق هذا الاستثناء من الأصل مقصدا شرعيا؟⁴² .

لا شك أن هذا الاستثناء يحقق مقصدا شرعيا مهما , وهو رفع الحرج والمشقة , مما
يؤكد الحاجة إليه , لأنه يحقق مصلحة ويدفع مفسدة , وهذا هو مقصد الشريعة . ولذلك
عد من الحاجيات في قسم المعاملات⁴³ .

فإن قيل : فأين المصلحة في الحكم الاستحساني (جواز بيع السلم) ؟ وكيف يرفع
الحرج ؟

الجواب : إن كلا من البائع والمشتري محتاج إليه , وله مصلحة بالعمل بموجبه :
أما المشتري فإنه يطلب الربح لنماء ماله ليتمكن من الانفاق على نفسه وعياله , فهو إن لم
يربح فنى ماله , والربح عن طريق السلم أيسر وأسهل لثلاثة أسباب :

السبب الأول : أن المشتري يشتري السلعة بثمن أقل من قيمتها المعتادة , وهذا يؤدي إلى
ازدياد الربح⁴⁴ .

⁴² ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت : 861) , شرح فتح القدير للعاجز الفقير , 9م, دار إحياء التراث العربي , د.ت 207/6.

⁴³ الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة 2 / 12.

⁴⁴ ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير 206/6.

السبب الثاني : أن المشتري يأمن - إلى حد كبير - بهذا الشراء من تقلبات الأسعار ارتفاعا وانخفاضا , فلعله اشترى من السوق بشعر ثم حبط السعر فلا يملك أن يبيع إلا بخسارة , فارتفاع الأسعار وانخفاضها في السوق رهينة لمبدأ العرض والطلب , فيكون التاجر في منأى عن عواصف ارتفاع وانخفاض الأسعار , لأنه اشترى بشعر أقل من القيمة السوقية أصلا.

السبب الثالث : حجز السلعة ليجدها المشتري في موسمها .

أما البائع فله مصلحة من وجهين :

الوجه الأول : أن في السلم تعجيل حصوله على المال والربح , مما يمكنه من استثمار المال في العمل , والإنفاق على النفس والعيال .

والوجه الثاني : أن البائع قد باع بضاعته كاملة أو جزءا كبيرا منها , وقبض الثمن , مما يجعله في سعة وراحة من همّ تصريف البضاعة , أو كسادها عنده⁴⁵ . فإذا انعدمت هذه المصالح لا شك أن بعض الباعة والمشتريين سيقعون في حرج ظاهر , يعطل مصالحهم , ويوقف حركة المال عندهم , مما يؤدي إلى نفاده لعدم القدرة على الانتفاع به . وهكذا يشترط في مختلف الأحكام الاستحسانية أن تكون محققة لمصالح العباد , وبالتالي محققة لمقاصد الشريعة .

الضابط الثاني : أن يكون للحكم المستحسن سند شرعي :

⁴⁵ المصدر السابق 206/6.

إن السند الشرعي -نصا كان أو إجماعا أو ضرورة أو قياسا- يخرج الحكم المستحسن من كونه هوى للمستحسن , إلى صف منظومة الأحكام الشرعية المعتد بها . ولقد قسم الحنفية الاستحسان إلى أنواع بحسب سندها الشرعي ليكون ذلك علامة على شرعيته أمام كل باحث , ومعتزض . ولا تنتفي الحاجة إلى السند الشرعي مهما كان معنى الاستحسان . فإن قيل : إن الاستحسان منهج اجتهادي , يعدل فيه عن حكم شرعي إلى حكم شرعي , أجيب : أن الحكم الشرعي لمعدول إليه لا بد أن يكون له دليل شرعي يثبت له ليكون حكما شرعيا معتبرا , ودليل الحكم هو سند الاستحسان .

الضابط الثالث : أن لا يعارض الحكم الاستحساني أصلا من أصول الشريعة , أو نصا محكما من الكتاب والسنة المتوابة , أو ما هو معلوم من الدين بالضرورة .

إذا كان من الصعب أن نتصور هذه المعارضة إذا كان سند الحكم الاستحساني نصا أو إجماعا أو قياسا , فإن من المحتمل تصورها إذا كان السند : (ضرورة أو مصلحة أو عرفا) . ولا يخفي ان كثيرا من أهل الهوى قد اتخذوا من هذه الأدلة الشرعية بوابه مشرعة للولوج إلى ما حرم الله , فلا بد من الضابط المذكور , ليكون سدا منيعا في وجه كل صاحب هوى .

أما وجه اعتبار هذا الضابط : فمن الواضح أن كلا من (ضوورة أو مصلحة أو عرفا
(قد عرف اعتبارها من نصوص الكتاب والسنة و فإذا جاءت هذه الأدلة بإحكام معارضة
لنصوص قاطعة في الكتاب والسنة , للزم من ذلك أن يعارض المدلول دليله و وهو باطل⁴⁶ .
ومن أجل ضمان عدم معارضة (ضوورة أو مصلحة أو عرفا) لأصول الشريعة أو
محكم نصوصها , وضع الفقهاء ضوابط تضبطها , وقواعد ينتهجونها ويتعونها في
اجتهادهم⁴⁷ .

ومثال الاستحسان الفاسد : بيع الوفاء.⁴⁸

الضابط الرابع : أن يُعمل بالاستحسان إذا كان في تطبيق الحكم الشرعي بعيد عن
مقاصد الشريعة :

إن الاستحسان علاج ناجح عندما تكون لوازم الأدلة ومآلاتها بعيدة عن مقاصد
الشريعة , ولا شك أن النظر في مآلات الأدلة ولوازمها معتبر ومقصود شرعا⁴⁹ .

⁴⁶ البوطي : محمد سعيد رمضان , ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية , ط6 , 1م, مؤسسة الرسالة , بيروت, 1992م, ص 118.

⁴⁷ انظر : الزرقا : المدخل الفقهي العام 872/2 وما بعدها , البوطي : ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية , ص110-217, والزهيلي : وهبة مصطفى , نظرية الضرورة الشرعية , ط4, 1م, مؤسسة الرسالة , بيروت 1985م, ص 68-72.

⁴⁸ انظر ص 133-134 من هذه الرسالة

⁴⁹ الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة 153/4-165.

إن الحكم الشرعي لا يخلو من مصلحة تجلب أو مفسدة تدرأ , ولكن قد يكون في اطراد تطبيق هذا الحكم مآل على خلاف ما قصد منه , فيؤدي إلى مفسدة تساوي أو تزيد على المصلحة المراد استجلابها أو المفسدة المراد درؤها⁵⁰.

ومثال ذلك : النهي عن بيع المعدوم , أو بيع ما لا يملك الإنسان⁵¹.

فلو اطراد حكم المنع والنهي لوقع كثير من التجار في حرج ومشقة لأنه لا يستطيع أن يشتري أو يبيع ما هو موصوف في الذمة , والذي يكون عادة أقل ثمنا , وأكثر ربحا للمشتري , وفيه قضاء الحوائج , وإنفاق السلعة للبائع . وبهذا المنع يتوقف كثير من التجار عن البيع والشراء , لأن شراء السلع الحاضرة من أصحابها يكون وفق القيمة السوقية , وقد يرتفع السعر بعد الشراء وقد ينخفض , فإذا كان رأس المال المتاجر به لا يقوى على مجابة تقلبات الأسعار , اضطر صاحبه لعدم المغامرة برأس ماله و وبالتالي تتوقف حركة المال مما يؤدي إلى هلاكه ونفاده.

وهنا يأتي الاستحسان ليعالج هذه المشقة التي قد تنتج عن اطراد تطبيق الحكم الشرعي , فيثبتي بيع السلم من النهي السابق ليحقق مصالح تربو على المفاسد التي أراد

⁵⁰ العز : عبد العزيز بن عبد السلام (ت: 660م) قواعد الأحكام في مصالح الأنام, ط1, 1م, تحقيق : عبد الغني الدقر , دار الطباع 1992م , ص609, والشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة 154/4.

⁵¹ تقدم دليل النهي عنه ص 11 من هذه الرسالة

الشارع درأها بنهيه عن بيع المعدوم . وتربو على المصالح التي أراد الشارع درأها بنهيه تحقيقها من نهيه عن بيع المعدوم .

الضابط الخامس : أن يكون المستحسن هو المجتهد

إذا كان الاستحسان منهجا اجتهاديا أو دليلا شرعيا فإنه لا بد أن يكون المستحسن هو المجتهد , لأن المجتهد هو الذي يعرف كيف يوظف المنهج وكيف يسير عليه , ويعرف كذلك كيف يستنبط من الدليل .

والمجتهد : هو كل من اتصف بصفة الاجتهاد⁵² . وإذا أردنا تفصيل هذا المعنى نقول : هو كل من كان قادرا على استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية⁵³ .

وقد فصل العلماء الأجلاء أهم الشروط التي يجب أن يحققها الإنسان كي يصل إلى رتبة الاجتهاد وهي مبسطة في كتب الأصول⁵⁴ . فمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد فليس من أهل استنباط الأحكام من أدلتها , وبالتالي لا يقدر على الاستحسان .

وما أجمل عبارة الإمام الشافعي في هذا الصدد ! فقال : " ومن تكلف ما جهل , وما لم يثبتته معرفته كانت موافقته للصواب - إن وافقه من حيث لا يعرفه - غير محدودة , والله أعلم .

⁵² الأمدي : الأحكام في أصول الأحكام 4 141.

⁵³ زيدان : الوجيز في أصول الفقه , ص402.

⁵⁴ انظر : الغزالي , المستصفى 511/2 وما بعدها , الأمدي : الأحكام في أصول الأحكام , 4 / 142.

وكان بخطئه غير معذور إذا ما نطق فيما لا يحيط علمه بالفرق بين الخطأ والصواب فيه⁵⁵.

الضابط السادس : ألا يؤدي الحكم المستحسن إلى ذريعة فساد :

الذريعة : هي التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة⁵⁶.

والمفسدة : هو كل ما فوت مقصد الشارع⁵⁷.

إذا كان الاستحسان رقيباً أميناً على مآل تطبيق الأحكام الشرعية ، ويحفظ خط سيرها من الميل عن طريق مقاصد الشارع – وفي هذا مصلحة عظيمة – فلا تجوز أن تنقلب الغاية من الحكم المستحسن لتصير مفوتة لمقاصد الشارع .

ومثال هذا الضابط : بيع الوفاء الذي يؤول تجهيزه إلى إباحة الربا⁵⁸.

وإن الحكم المستحسن كغيره من الأحكام تنطبق عليه قاعدة المقاصد والوسائل ، فكل وسيلة لمصلحة لا شك أنها مصلحة ، وكل وسيلة لمفسدة لا ريب أنها مفسدة لأن وسيلة المقصود تابعة للمقصود ، وكلاهما عند الشارع مقصود⁵⁹.

⁵⁵ الشافعي : محمد بن إدريس (ت: 204م) الرسالة ، 1م ، دار الفكر ، بيروت ، د.ت ، ص53.

⁵⁶ الشاطبي : المافقات في أصول الفقه 157/4.

⁵⁷ الغزالي ، المستصفى 626/1.

⁵⁸ أن يقتض الاحتاج مبلغاً من المال من شخص ، ثم يبيع له في نظير ذلك جزءاً معيناً من الأرض تزيد قيمته على قيمة القرض ، ويكون البيع لمدة معينة ينتفع في أثناءها الدائن بالأرض انتفاع المالك لها ، وفي نهاية المدة إذا لم يسدد المقترض المبلغ تصير الأرض ملكاً تاماً للدائن في مقابل القرض . (من مجموع فتاوى الدكتور عطية صقر) وزيادة البيان عن بيع الوفاء انظر ص 133-134 من هذه الرسالة

المطلب الثالث : أنواع الاستحسان

على الرغم من اختلاف العبارات الحنفية في تعريف الاستحسان إلا أننا نلاحظ أنها متفقة في أنواعه . فقد قسم الحنفية الاستحسان إلى أربعة أنواع⁶⁰ :

النوع الأول : استحسان بالنص

وهو نوع من الاستحسان تقطع فيه المسألة الاستحسانية عن نظائرها القياسية بسبب ورود النص فيها⁶¹. وهذا النوع من الاستحسان لا عمل للمجتهد فيه , بل يستدل به على تجويز مبدأ الاستحسان .

مثاله :

1. - حكم الوصية : القياس يأبى جواز الوصية لأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الإضافة إلى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تملكا فلا يصح إلا أنهم استحسنوا جوازها بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تبارك وتعالى : " يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا

⁵⁹ ابن قيم الجوزية : محمد بن أبي بكر (ت: 751هـ) إعلام الموقعين عن رب العالمين , تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد , دار الجيل ببيروت , 1983م , 135/3.

⁶⁰ البزدوي : أصول البزدوي 10/4 , السرخسي , أصول السرخسي 192/2 , ومصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه لعبد الوهاب خلاف : ص 7-75.

⁶¹ الزرقى : المدخل الفقهي العام 88/1

تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ
فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ⁶².

وأما السنة فما روي أن سعد بن أبي وقاص أنه كان مريضاً فعاده رسول الله فقال : يا
رسول الله أوصي بجميع مالي ؟ فقال : لا ، فقال : بثلي مالي ؟ قال : لا قال :
فبنصف مالي ؟ قال : لا قال : فبثلث مالي ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : " الثلث
والثلث كثير إنك إن ندع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس " متفق
عليه .

وجه الاستحسان: فشرع الميراث مرتباً على الوصية فدل أن الوصية جائزة وقوله سبحانه
وتعالى : " يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان
ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض⁶³ ندبنا سبحانه وتعالى
إلى الإشهاد على حال الوصية فدل أنها مشروعة .

2. - جواز السلم :

⁶² النساء : 11.

⁶³ المائدة : 106.

وجه الاستحسان : القياس يأبى جواز السلم باعتبار أن المعقود عليه معدوم عند العقد لكنه ترك بالنص وهو الرخصة الثابتة في السنة أنه : " رخص في السلم " وفي الحديث : " من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم " ⁶⁴ .

3. انتقاض وضوء البالغ اليقظان بالقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود ⁶⁵ .

القياس المعدول عنه : عدم انتقاض الوضوء بالقهقهة في الصلاة , لأن ما كان حدثا في الصلاة فهو حدث في غيرها , ولا خلاف في كون القهقهة ليست حدثا : في صلاة الجنابة , وسجدة التلاوة , وخارج الصلاة , فالقياس يقضي ألا تكون حدثا في الصلاة ⁶⁶ .

وجه الاستحسان :

قوله صلى الله عليه وسلم : " ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعا " ⁶⁷ , وتجدر الملاحظة أن هذا الأثر قد ورد في صلاة ذات ركوع وسجود , فيقتصر

⁶⁴ المصدر السابق , ص 401

⁶⁵ المرغيناني : علي بن أبي بكر (ت: 593هـ) الهداية شرح بداية المبتدي , ط1, 2م, دار الكتب العلمية بيروت , 1990م , 16 / 1

⁶⁶ الجصاص : الفصول في الأصول 274/2, المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي , وابن مودود : الاختيار لتعليل المختار , 18/1.

⁶⁷ الدارقطني : علي بن عمر , سنن الدارقطني , 4م, تحقيق : عبد الله المدني , دار المعرفة بيروت , 1966م, كتاب الصلاة , باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها , 161/1, الحديث ضعيف , انظر الزيلعي : نصب الراية 47/1.

على ما ورد⁶⁸ لأنه جاء على خلاف القياس من غير تعليل , فلا يؤدي إلى غيره كصلاة الجنائز أو سجدة التلاوة⁶⁹ .

وبهذا يظهر جليا أن الحديث وإن كان ضعيفا يقدم على القياس في المذهب الحنفي .

النوع الثاني : استحسان الاجماع

هو نوع من الاستحسان تقطع فيه المسالة الاستحسانية عن نظائرها القياسية , بسبب وجود الاجماع .

مثاله : جواز عقد الاستصناع فيما جرت به العادة⁷⁰ , وهو عقد يطلب بموجبه العمل من الصانع في شئ خاص على وجه مخصوص , ويحدد له الثمن⁷¹ .

القياس المعدول عنه : عدم جواز هذا العقد لأنه بيع المعدوم وهو منهي عنه⁷² . فصار كما لو اشترى رجل من آخر خفا او قلنسوة أو نحو ذلك مما ليس عند البائع⁷³

وجه الاستحسان : جريان التعامل به بين الناس دون إنكار من أحد فكان إجماعا⁷⁴

⁶⁸ عن أبي المليح عن أبيه أنه قال : كنا نصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم : " فجاء رجل ضرير البصر , فتردى في حفرة كانت في المسجد , فضحك الناس من خلفه , فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من ضحك أن يعيد الوضوء والصلاة . الدارقطني : سنن الدارقطني 1/161.

⁶⁹ الجصاص : الفصول في الاصول , 2/274-275.

⁷⁰ المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي , 2/86. وابن مودود : الاختيار لتعليل المختار 2/275.

⁷¹ الجصاص : الفصول في الاصول , 2/355.

⁷² سبق نخريجه ص 11

⁷³ الجصاص : الفصول في الاصول , 2/355.

ولابد من التنبيه على مسألتين :

المسألة الأولى: بم يكون الإجماع في مسائل هذا النوع ؟ وكيف حصل الإجماع في هذه المسألة ؟

المسألة الثانية : جعل الشيخ عبد الوهاب خلاف الاستصناع من استحسان العرف , فما صحة ما ذكره؟

المسألة الأولى :

الفرع الأول : يكون الاجماع في مسائل هذا النوع من الاستحسان باحد أمرين⁷⁵ :

أولا : بإفتاء المجتهدين في حادثة على خلاف القياس في أمثالها أو على خلاف مقتضى الدليل العام.

ثانيا : بسكوت المجتهدين وعدم إنكارهم على ما تعامل به الناس مما خالف القياس.

الفرع الثاني : أما عن كيفية حصول الإجماع : فلنا أن نتصور أن الناس في مكان ما دون غيره قد تعاملوا بالاستصناع على الرغم من كونه يباع للمعدوم لحاجتهم إليه , ثم عم وانتشر في شائر البقاع , واطلع المجتهدون على هذا العقد حال انتشاره بشكل تدركي ولم ينكره أحد

⁷⁴ المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 86/2.

⁷⁵ شلبي : تعليل الأحكام ص 350, شلبي : أصول الفقه الإسلامي ص 286.

منهم , فتم الاجماع وتقرر⁷⁶ . أي أننا نتحدث عن حصول الإجماع العملي , والذي يفسر قول الفقهاء الحنفية : ثبت بالإجماع للتعامل"⁷⁷.

ولكن سؤالاً مهماً يحتاج إلى جواب وهو : إذا كان الإجماع دليل من خالف القياس بعد انعقاده , فما دليل من سكت عن مخالفة القياس قبل انعقاد الإجماع ؟

الجواب : إن حاجة الناس ومصلحتهم هي الدليل الذي اعتمد عليه كل مجتهد في عدم إنكاره , وهي السر في سكوته وإقراره , ولا ريب أن الشرع قد اعتبر مثل هذه الحاجة والمصلحة⁷⁸ . وقد مر معنا أن الاستحسان يحافظ على مقاصد الشريعة ويعمل على تحقيقها , ولا يخفى أن من مقاصد الشريعة مراعاة حاجة الناس , ورعاية مصالحهم .

المسألة الثانية :

لقد مثل الحنفية على (استحسان الإجماع) بالاستصناع⁷⁹ , وكذلك فعل كثير من المعاصرين⁸⁰ إلا أن الشيخ عبد الوهاب خلاف جعله مثالا على استحسان العرف⁸¹ , ولعل

⁷⁶ شلبي : تعليل الأحكام ص 350.

⁷⁷ قال الجصاص : والمراد بقولهم عمل الناس : أن السلف من الصحابة وعلماء التابعين قد كانوا يشاهدون الناس يفعلون ذلك , فلم يظهر من أحدهم منهم نكير على فاعله , فصار ضلك إجازة منهم له , وإقرارا عليه فصار ذلك أصلا بنفسه خارجا عن موجب القياس" الجصاص : الفصول في الأصول 2 / 354.

⁷⁸ شلبي : تعليل الأحكام ص 350.

⁷⁹ الجصاص : الفصول في الأصول , 2 / 355, والسرخسي , أصول السرخسي , 2 / 192, والبحاري : كشف الأسرار 4 / 11

⁸⁰ أبو زهرة : أصول الفقه ص 267, وشلبي : أصول الفقه الإسلامي 1 / 286, وزيدان : الوجيز في أصول الفقه ص 233.

ذلك لما ذكرنا من كيفية ثبوت الإجماع , إذ كان العقد في البداية مختصا ببقعة ثم انتشر حتى صار عرفا عاما , ومع انتشاره بين العلماء من غير نكير انعقد الإجماع . فأصل هذا الإجماع العرف العام⁸² .

يقول الشيخ أبو زهرة في عقد الاستصناع : " فإن القياس كان يوجب بطلانه , لأن محل العقد معدوم وقت إنشاء العقد , ولكن العمل في كل الأزمان على صحته , وتعارفوا على عقده , فكان ذلك إجماعا , أو عرفا عاما يترك به القياس , وكان عدولا عن دليل إلى أقوى منه . ويقارب استحسان الإجماع في معناه استحسان العرف , فإنه يكون لدفع المشقة , ويكون في حال العرف العام"⁸³ .

ولذلك نجد أن التمثيل على استحسان العرف بالاستصناع له وجه يؤيده , وأصل
ينبغي عليه.⁸⁴

النوع الثالث : استحسان الضرورة

وهو نوع من الاستحسان تقطع فيه المسألة الاستحسانية عن نظائرها القياسية للضرورة أو
للحاجة⁸⁵ .

⁸¹ خلاف : مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه ص74.

⁸² العرف العام : هو الذي اتف عليه الناس في كل الأمطار " أبو زهرة : أصول الفقه ص 274.

⁸³ أبو زهرة : أصول الفقه ص 267.

⁸⁴ على الرغم من هذا الإيضاح الذي يأتي موافقا لما ذكره الحنفية وراوه إلا أنني أرى أن الاستصناع ليس مثالا صحيحا على الاستحسان الإجماع , لأن مشروعيته قد تثبت بالنص .

مثاله : عدم فساد البئر الصغيرة بوقوع البعرة أو البعرتين فيها ⁸⁶.

القياس المعدول عنه : فساد ماء البئر الصغيرة بوقوع النجاسة فيها لأن قليل النجاسة ينجس قليل الماء , وإن لم يظهر أثر النجاسة في الماء.

فصارت هذه المسألة كوقوع قطرة خمر أو دم في البئر الصغيرة و حيث تنجس البئر, ويجب نزح مائها ⁸⁷.

وجه الاستحسان:

إن آبار الفلوات ⁸⁸ ليست لها رؤوس حاجزة , والمواشي تبعر حولها , فيسقط البعر في الآبار , فعفى عن قليل البئر للضرورة , ولا ضرورة في الكثير ⁸⁹.

النوع الرابع : استحسان القياس

هو نوع من الاستحسان تقطع فيه المسألة الاستحسانية عن نظائرها القياسية الظاهرة , وتلحق بنظائر قياسية خفية .

⁸⁵ خلاف : مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه ص74.

⁸⁶ المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 22/1.

⁸⁷ الشرنيلاني :مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح ونجاة الأرواح ,ص79.

⁸⁸ ابن المودود : الاختيار لتعليل المختار 26/1, وذكر صاحب الاختيار أن الحكم غير مختص بالفلوات بل يشمل آبار الأمطار أيضا , ونبه على الخلاف فيه صاحب فتح القدير . انظر : ابن الحمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير , 86/1-87.

⁸⁹ المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 22/1.

مثاله : إذا دخل الحرز جماعة, فتولى بعضهم الأخذ , قطعوا جميعا⁹⁰ .

القياس المعدول عنه : أن تقطع يد من حمل المسروق إلى خارج الحرز فقط , لأن فعل السرقة لا يتم إلا بالإخراج بعد الأخذ , فالأخذ وإن أضيف إلى الكل , فإن الإخراج إنما أضيف للبعض⁹¹ .

وجه الاستحسان :

إن إخراج المسروق تم من الكل معنى , بسبب المعاونة , فتقاس على السرقة الكبرى⁹² . لأن السارقين يوزعون الأدوار فيما بينهم , فيحمل بعضهم المتاع , ويستعدون الآخرون للدفع , فتمام القدرة والفعل عليه تحصلت بهم جميعا , فلو امتنع القطع لسد باب الحد⁹³ .

ملاحظات على التقسيم السابق :

أولا : إن التقسيم السابق مبني على النظر إلى سند الاستحسان نصا كان أو إجماعا أو ضرورة أو قياسا خفيا .

⁹⁰ إذا بلغ نصيب كل واحد منهم نصاب القطع . ابن مودود : الاختيار لتعلييل المختار ص 537/2.

⁹¹ المرجع السابق 415/1.

⁹² المقصود بها الحراية وقطع الطريق , ووجه الشبه بين المسألتين : أن في قطع الطريق يقوم البعض بالقتل والاخذ , بينما يقوم الباقيون للدفع , فيجب حد قطع الطريق على الكل , لنسبة الفعل إلى الكل شرعا بسبب معاونتهم . ابن الهمام شرح فتح القدير للعاجز الفقير 149/5.

⁹³ المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 415/1.

ثانيا : اعتراض د. مصطفى شلي على تقسيم الحنفية السابق حيث حُصرت أنواع الاستحسان بأربعة فقط , مع أن المتتبع لكتب الفقه عند الحنفية يجد أنها تربو على الثمانية⁹⁴ . ولا يخفي أن اعتراض د. شلي في محله , لهذا زاد على الأربعة السابقة أربعة أخرى ومثل عليها⁹⁵ .

ثالثا : اعتراض الأستاذ مصطفى الزرقا على التقسيم السابق معتبرا أن ذكر استحسان السنة , واستحسان الإجماع إقحام للشئ في غير محله لأن الحكم الثابت بهما إنما يضاف ثبوته إلى النص أو الإجماع لا إلى قياس أو استحسان , لذلك يرى أن الاستحسان ينقسم إلى قسمين هما : الاستحسان القياسي , واستحسان الضرورة⁹⁶ .

⁹⁴ المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 415/1. ابن الهمام : شرح فتح القدير للعاجز الفقير 5/149.

⁹⁵ شلي : تعليل الأحكام ص 348 وما بعدها . والأنواع الأربعة التي ذكرها الشلي هي استحسان العرف , واستحسان المصلحة , واستحسان الاحتياط ومراعاة الخلاف , واستحسان ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته . وأذكر هنا ملاحظتين : الأولى : أنه في بعض المسائل يكون الاستحسان للاحتياط فقط دون مراعاة الخلاف . ومثاله : وجوب العدة عند فساد الخلوة بالموانع . انظر : المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 224/1. والثانية : قال د. محمد خالد منصور : "تميز المالكية بالأخذ بالاستحسان المبني على مراعاة الخلاف , والاستحسان بترك بمقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته , لرفع المشقة والخرج , وإيثار التوسعة على الخلق , وهذا ما لم نره عند الحنفية" . منصور : الاستحسان عند الأصوليين ص 206. ولا يخفى أن هذا الكلام صحيح إذا أريد به كتب الأصول عند الحنفية , أما كتب الفروع فقد ذكرت هذين النوعين من أنواع الاستحسان كما بين.

⁹⁶ يستخدم أبو زهرة والزرقا -رحمهما الله تعالى - مصطلح استحسان السنة أبو زهرة : أصول الفقه ص 267. الزرقا : المدخل الفقه العام 88/1-93.

رابعاً : ذكر الشيخ عبد الوهاب خلاف أن الحنفية قد انفردوا على المالكية بذكر نوعين من أنواع الاستحسان هما : استحسان النص واستحسان القياس⁹⁷ , ويرى الشيخ خلاف أن لا وجه لذكرهما لأن مصدر الحكم في النوع الأول النص , ومصدر الحكم في النوع الثاني القياس , وأنه عند التحقيق لا عدول عن حكم إلى حكم , وإنما حُكم ابتداء بالنص في الأول , وحكم ابتداء بأرجح القياسين في الثاني⁹⁸ .

وحاصل الاعتراضين : أن لا وجه لذكر استحسان النص , واستحسان الإجماع , واستحسان القياس⁹⁹ .

ويجاب عن الحنفية بخصوص هذين الاعتراضين ببيان خمس نقاط :

الأولى : إن هذه التسميات اصطلاحية ولا مشاحة في الاصطلاح¹⁰⁰ .

⁹⁷ قال الشيخ خلاف رحمه الله : قسم المالكية الاستحسان على ثلاثة أقسام : استحسان العرف والمصلحة ورفع الحج . خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص 74 . ولم يذكر الشيخ خلاف استحسان الإجماع . بينما نجد الشاطبي يذكره من أنواع الاستحسان عند المالكية . الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة 4/164 . وقد نبه د . محمد خالد منصور أن المقصود بالإجماع هو اتفاق فقهاء المالكية وليس المقصود بالإجماع المصطلح عليه في علم الأصول . منصور : الاستحسان عند الأصوليين ص 205 .

⁹⁸ ذكر الشيخ خلاف أنواع الاستحسان الأربعة عند الحنفية إلا أنه أبدل باستحسان الإجماع استحسان العرف , المصدر السابق ص 75 .

⁹⁹ قال الشوكاني : إن ذكر الاستحسان في بحث مستقل لا فائدة فيه أصلاً لأنه إن كان راجعاً إلى الأدلة المتقدمة فهو تكرار , وإن كان خارجاً عنها فليس من الشرع في شيء , الشوكاني : محمد بن علي (ت: 1250م) , إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول , ط 1, 1م, تحقيق : محمد سعيد البدري , دار الفكر بيروت , 1992م, ص 404 .

¹⁰⁰ زيدان : الوجيز في أصول الفقه 235 . لا مشاحة : أي لا نزاع في أن يطلق كل عالم على مفهوم معين ما يشاء من مصطلح , فيختلفون في التسمية , ويتفقون في المفهوم والحقيقة .

الثانية : إن منهج الحنفية هو الذي أوجد هذه التسميات , فقد ذكرت سابقا أنهم يعللون النصوص , ثم يعممون هذه العلل على المسائل التي لا نص فيها , حتى إذا صادمت نصا أو إجماعا تبين خطأ هذا التعميم في تلك المسألة , فيعدلون عن تعميمهم ويأخذون بالنص أو بالإجماع , ولما كان هذا النص أو الإجماع خارجين بهذه المسألة عن مسائل كثيرة دخلت في تعليلهم الذي عمو , اعتبر هذا النص أو الإجماع على خلاف القياس , فظهر استحسان النص أو استحسان الإجماع , فعدل بالمسألة بسببهما عن حكم نظائرها إلى حكم آخر , وهو معنى الاستحسان .

الثالثة : أن الأهداف من جعل هذا (النص أو الإجماع أو الضرورة أو القياس) استحسانا هو بيان أن ثمة معارضة لهذه الأدلة من أدلة أخرى : نصا عاما كانت أو أصلا عاما , أو قاعدة عامة لأن الاستحسان لا يوجد إلا عند المعارضة¹⁰¹ , ولهذا اعتبر الاستحسان " ترجيح دليل على دليل " ¹⁰².

فإن قيل : ما الفائدة من بيان هذه المعارضة ؟

¹⁰¹ قال السرخسي : فكذلك استعمل علمائنا عبارة القياس والاستحسان للتمييز بين الدليلين المتعارضين , وتخصيص أحدهما بالاستحسان لكون العمل به مستحسنا , ولكونه مائلا عن سنن القياس السرخسي : أصول السرخسي 2/ 190. ويقول شلبي : في الفرق بين القياس والاستحسان : أن القياس يكون في المسائل التي لا دليل عليها غيره , ومن ثم لا يكون لها إلا حكم واحد , والاستحسان لا يكون إلا في المسائل التي تعارض فيها دليلان , يعمل المجتهد بأرجحهما , وهذا يقضي أن يكون للمسألة حكمان , يعدل المجتهد عن أحدهما إلى الآخر بوجه يقتضي العدول . شلبي : أصول الفقه الإسلامي 293/1.

¹⁰² يقول الشيخ خلاف : الاستحسان هو ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعا . خلاف : مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه ص72.

الجواب : الفائدة هي التنبيه على أن هذه الأدلة المستحسنة مستثناة من عموم النص , أو أصل عام , أو قاعدة كلية , وبعبارة أخرى : أن هذه الأدلة جاءت على خلاف القياس¹⁰³

الرابعة : إن من شروط الأصل في القياس أن لا يكون معدولا به عن سنن القياس .¹⁰⁴ وما سماه الحنفية من استحسان (النص , أو الإجماع , أو الضرورة , أو غيرها حاشا استحسان القياس) كلها جاءت على خلاف القياس , لمعارضتها لنصوص عامة , أو قواعد كلية – كما بُين – فلا تصلح أن يقاس عليها¹⁰⁵ , ومن هنا عمل الحنفية بقاعدتهم وهي : ما ثبت على خلاف القياس , فغيره عليه لا يقاس¹⁰⁶ . وفي قولهم : هذا استحسان بالنص أو بالإجماع تنبيه على شرط القياس المذكور , فكأنهم يقولون : إن هذا النص الذي كان وجهها للاستحسان جاء على خلاف القياس , فلا يصلح أصلا يقاس عليه .

لهذا نجد أن الحنفية قد صرحوا أن الفرق بين الاستحسان القياس وغيره من أنواع الاستحسان هو جواز القياس على الأول , وعدم جواز القياس على الثاني¹⁰⁷ . ولعل هذا هو السبب في ذكر الشيخ أبو زهرة أن الاستحسان عند الحنفية على قسمين¹⁰⁸ :

¹⁰³ مر معنا أن تعريفات الاستحسان أنه : الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر . انظر ص7

¹⁰⁴ السرخسي : أصول السرخسي 2/ 184.

¹⁰⁵ السرخسي : أصول السرخسي 2/ 195. المحبوبي : التوضيح لمقن التنقيح 84/2.

¹⁰⁶ أحمد بن محمد (ت 1357هـ / 1938م) شرح القواعد الفقهية , دار القلم دمشق, ط2 , 1989م, ص151.

¹⁰⁷ المحبوبي : التوضيح لمقن التنقيح 84/2. ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير , 300/3.

¹⁰⁸ أبو زهرة : أصول الفقه ص264.

القسم الأول : استحسان القياس.

القسم الثاني : استحسان سببه معارضة القياس لأدلة شرعية أخرى.

والخلاصة : أن التقسيم السابق له غاية وهدف و ليس فيه حشر لشيء في غير موضعه.

تنبيه :

لقد اشتهر بين علماء الحنفية أن ما كان ثابتاً على خلاف القياس , فغيره عليه لا يقاس , حتى غدت قاعدة كما سبق ذكره¹⁰⁹ , ولا يخفى أن هذه القاعدة ليست على الإطلاق فإن النص إذا كان معدولاً به عن القياس , وكان معقول المعنى , جاز القياس عليه¹¹⁰ .

الخامسة : ذكر أستاذ الزرقا أن سبب التقسيم السابق هو رغبة القائلين بالاستحسان لن يقطعوا حجة مخالفهم الذين يعتبرون الاستحسان قولاً بالهوى بلا دليل , فوسعوا معناه الأصلي ليفهموا المخالفين أن من معاني الاستحسان الاستناد إلى النص أو الإجماع¹¹¹ :

ويمكن أن يعترض على ما ذكره الأستاذ الزرقا:

¹⁰⁹ السرخسي , أصول السرخسي 2 / 147 و 195. المحبوبي : التوضيح لمتن التنقيح 2 / 84, ابن أمير الحاج : التقرير والتحجير 3 / 168 و 300.

¹¹⁰ الكساني : بدائع الصنائع في ترتيب الصنائع 4 / 139 و 143,

¹¹¹ الزرقا : المدخل الفقه العام , 1 / 95.

أن الحنفية عند ما كتبوا أصولهم استندوا إلى ما جاء عن سلفهم في الفروع , ولولا ورود هذه الأنواع من الاستحسان في تلك الفروع , لما ذكرها علماء الأصول , فهذه الأنواع موجودة أصلا قبل تدوين الأصول , ولم يتكلفوا إقحامها جوابا عن أحد¹¹² .

ويجاب عن هذا الاعتراض أن توسعة معنى الاستحسان إنما جاءت لتشير إلى أن المجتهد يستقرئ منهج الشارع , فيجد أن الشارع يقرر الأصل الكلي , أو القياس العام , ثم يستثنى منه , وهذا هو منهج الاستحسان , فهي إذن عملية استدلال بالمنهج.

المبحث الثاني : مواقف الأصوليين من الاستحسان

المطلب الأول : حجية الاستحسان عند الأصوليين

اختلف الأصوليون في حجية الاستحسان على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه دليل شرعي

القول الثاني : أنه ليس دليلا شرعيا

القول الثالث : أنه ليس دليلا مستقلا

¹¹² يقول د. علاء الدين رجال في معرض رده على كلام الأستاذ الزرقا رحمه الله : "لكني لا أميل لهذا الرأي ولهذا التحليل , لأن الحنفية عملوا بالاستحسان ابتداء قبل أن يظهر المعارضون له فقد أفتى أبو حنيفة في بعض المسائل وقال : استحسن كذا وأدع القياس , قبل أن يظهر الخلاف في الاستحسان و وكان الاستحسان في بدايته يستند إما إلى النص أو الإجماع أو المصلحة أو الضرورة أو العرف , وكان الحنفية يدعون أصولهم المقررة ويعملون بالاستحسان وهم غير معنيين برأي غيرهم في الاستحسان" . رجال : علاء الدين حسين , الاستحسان مسلك لفهم الدليل الشرعي وتطبيقه , أبحاث يرموك" ساسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية,ص 907.

وإليك بيان هذه الآراء :

القول الأول : إن الاستحسان دليل شرعي يعمل به , ويعتمد عليه , وبه قال الحنفية¹¹³ ,
والمالكية¹¹⁴ , والحنابلة¹¹⁵ . ولقد أثر القول بالاستحسان عن أئمة هذه المذاهب , والجامع
المشترك بينهم ان أحدا منهم لم يضع له تعريفا , لكن أتباع كل مذهب من هذه المذاهب
وضعوا تعريفات للاستحسان تتلاءم ما قاله إمامهم فيه , وقد نسب إلى بعض أتباع هذه
المذاهب نفي حجية الاستحسان في مذهبهم , وإليك بيان هذا الإجمال .

الراي الأول : الحنفية

قال محمد بن الحسن الشيباني¹¹⁶ : " كان أبو حنيفة رحمه الله يناظر أصحابه في المقاييس ,
فينتصفون منه ويعارضونه , حتى إذا قال : أستحسن , لم يلحقه أحد منهم لكثرة ما يورد في
الاستحسان من المسائل و فيدعون جميعا , ويسلمون له¹¹⁷ " .

اعتراض :

¹¹³ السرخسي : أصول السرخسي 189/2

¹¹⁴ الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة 162/4

¹¹⁵ ابن قدامة : عتد الله بن أحمد (ت: 630هـ) روضة الناظر وجنة المناظر, المطبعة السلفية المدينة المنورة, 1965م
ص 85.

¹¹⁶ الإمام محمد بن حسن الشيباني , أبو عبد الله , إمام بالفقه والأصول , ولد بواسط , ونشأ بالكوفة , تتلمذ على
يد الإمام أبي حنيفة , له : الجامع الكبير والصغير والمبسوط وغيرها , توفي بالري سنة : 189هـ . المراغي : الفتح
المبين في طبقات الأصوليين , 1/115.

¹¹⁷ المكي : الموفق بن أحمد (ت: 568هـ) مناقب أبي حنيفة , 1م, دار الكتاب العربي , بيروت , 1981م,
81/1.

إن الإمام الطحاوي¹¹⁸ لا يقول بالاستحسان بل هو ينكره , ففي إطلاق حجته عند الحنفية نظر¹¹⁹ .

وأجيب عن الحنفية بجوابين :

الجواب الأول : لا نسلم بصحة هذه النسبة للطحاوي , إذ لم يبين ما نسب إليه أين وجد هذا الاعتراض فيما كتبه الطحاوي ؟ والبيئة على المدعي .

الجواب الثاني : إن الطحاوي من أبناء الطبقة الثالثة من طبقات المجتهدين التي لا يسع أصحابه مخالفة إمامهم في الأصول ولا في الفروع¹²⁰ , وقد ثبت أن الإمام أبا حنيفة كان يأخذ بالاستحسان , فلا يعتد بمخالفة الطحاوي له .

ثانيا : المالكية

روى محمد بن أحمد العتيبي¹²¹ وقال : حدثنا أصبغ بن الفرغ¹²² , قال : سمعت ابن قاسم¹²³ يقول ويروي عنه مالك أنه قال : "تسعة أعشار العلم الاستحسان"¹²⁴ .

¹¹⁸ أحمد بن محمد الطحاوي , أبو جعفر , فقيه حنفي من الطبقة الثالثة , برز في الحديث والفقه , له : معاني الآثار , وبيان مشكل الآثار , والشروط الكبير والصغير , وغيرها , توفي سنة (321هـ) . الذهبي : سير أعلام النبلاء .27/15.

¹¹⁹ نسب ذلك إليه الإمام ابن حزم في (الإحكام) حيث قال : : " وأنكر من اصحاب مذهب أبي حنيفة أحمد بن محمد الطحاوي " . ابن حزم : علي بن احمد (ت: 456هـ) الإحكام ط2, 2م, دار الحديث القاهرة 1992م, 192 /2.

¹²⁰ ابن عابدين : محمد أمين بن عمر (ت: 1252هـ) رسالة في شرح منظومة عقود رسمي المفتي , مجموعة رسائل ابن عابدين , 1م, دار إحياء التراث العربي , بيروت , د.ت 11/1-12.

وقد نسب أحد المعاصرين¹²⁵ إلى إمام مالك أنه قال : الاستحسان عماد العلم " .
 كما نسب آخر¹²⁶ للإمام مالك أنه قال : " إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة " .
 والصحيح أن هاتين الجملتين من كلام الإمام أصبغ¹²⁷ , فقد جاء في الموافقات : " وقد
 بالغ أصبغ في الاستحسان حتى قال : إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة , وإن
 الاستحسان عماد العلم"¹²⁸ .

المثال : إيجاب الغرم على من قطع ذنب بغلة القاضي يريدون غرم قيمة الدابة لا قيمة النقص
 الحاصل فيها.

¹²¹ محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عتبة المالكي , أبو عبد الله , فقيه الأندلس , صاحب كتاب العتبية , سمع يحيى
 الليثي , وأصبغ بن الفرج , وسحنون بن سعيد وغيرهم , توفي سنة : 255 هـ وقيل سنة 254 هـ . الذهبي : سير
 أعلام النبلاء 335-336/12.

¹²² أصبغ بن الفرج بن سعيد المصري المالكي , مفتي الديار المصرية , أبو عبد الله , طلب العلم وهو شاب كبير ففاته
 سماع مالك والليث , سمع من أشهب وابن وهب وابن قاسم , حدث عنه البخاري , وابن معين , توفي سنة :
 225 هـ . الذهبي : سير أعلام النبلاء 656/10.

¹²³ عبد الرحمن بن القاسم بن خالد المصري المالكي , صحب مالك وروي عنه , وعنه روى أصبغ وسحنون , قال
 النسائي : هو الثقة مأمون , توفي سنة 191 هـ . الذهبي : سير أعلام النبلاء 120/9.

¹²⁴ الشاطبي : الموافقات في اصول الشريعة 165/4.

¹²⁵ مرعى : الاستحسان عند الأئمة الأربعة وتطبيقاته الفقهية " ص 12 .

¹²⁶ البغا : أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي , ص 131.

¹²⁷ أصبغ بن نباتة التميمي الحنظلي المجاشعي كان من خاصّة الإمام أمير المؤمنين علي رضي الله عنه , ومن الوجوه
 البارزة بين أصحابه , وأحد ثقائه , وهو مشهور بثباته واستقامته على حبه . وصفته النصوص التاريخية القديمة بأنه
 شيعي , وأنه مشهور بحُبِّ علي رضي الله عنه . كان من (شرطة الخميس) , ومن أمرائهم , عاهد الإمام رضي
 الله عنه على التضحية والفداء والاستشهاد , وشهد معه الجمل , وصِفَّين , وكان معدوداً في أنصاره الأوفياء
 المخلصين . وهو الذي روى عهده إلى مالك الأشر , ذلك العهد العظيم الخالد , كان من القلائل الذين أذن لهم
 بالحضور عند الإمام بعد ضربته , كما عُدَّ الأصبغ في أصحاب الإمام الحسن أيضاً . معجم رجال الحديث
 132/4.

¹²⁸ الشاطبي : الموافقات في اصول الشريعة 166/4.

وجه الاستحسان : إن بغلة القاضي لا يحتاج إليها إلا للركوب وقد امتنع ركوبه لها بسبب
فحش ذلك العيب حتى صارت بالنسبة إلى ركوب مثله في حكم العدم فألزموا الفاعل غرم
قيمة الجميع

وهو متجه بحسب الغرض الخاص وكان الأصل أن لا يغرم إلا قيمة ما نقصها القطع خاصة

لكن استحسنوا ما تقدم وهذا الإجماع مما ينظر فيه¹²⁹

اعتراض :

لقد نفى القاضي عبد الوهاب المالكي¹³⁰ أن يكون الإمام مالك قد نص على
الاستحسان¹³¹.

والجواب عن هذا الاعتراض من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول :

¹²⁹ الشاطبي : الاعتصام 142/2.

¹³⁰ القاضي عبد الوهاب المالكي هو أبو محمد عبد الوهاب بن نصر بن علي الثعلبي البغدادي، أحد أعلام المذهب المالكي، ولد في بغداد، ونشأ بها، وتلقى العلم فيها عن أفاضل شيوخها، ووالده كان من العلماء ببغداد، وإخوه كان أديبا مشهورا. (ت: 422) المراغي : الفتح المبين 242/1.

¹³¹ الفتوح : شرح الكوكب المنير ص 387. القاضي عبد الوهاب المالكي : هو عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي ، ولد ببغداد و وولي القضاء في بعض مناطق العراق ، ثم رحل إلى مصر ، له العديد من المؤلفات منها : النصرة لمذهب مالك ، وشرح رسالة أبي زيد ، والأدلة في مسائل الخلاف ، توفي سنة 422هـ بالقاهرة ودفن بجوار قبر ابن القاسم وأشهب بالقرب من قبر الإمام الشافعي . المراغي : الفتح المبين 1 / 242/243.

لقد روى ابن القاسم صاحب الإمام مالك وتلميذه ثناء الإمام مالك على الاستحسان , بل ورد في المدونة الكبرى عدة مسائل بنيت على الاستحسان , وفي هذا من إثبات نسبته إلى الإمام مالك ما يردّ الاعتراض , مع ملاحظة أن الإثبات مقدم على النفي لأنه يفيد زيادة العلم .

الوجه الثاني :

أن المتصفح لكتب الفروع عند المالكية يستطيع أن يلمس بسهولة ويسر مدى اعتمادها على الاستحسان , فإن القارئ لا يكاد يمر على باب من أبواب الفقه إلا وللاستحسان ذكر عندهم , بل قد صُرح بأنه من أصول مذهب الإمام مالك عند بعض من كتب في أصول مذهب الإمام مالك¹³² .

الوجه الثالث

قد يكون مرادهم أن الإمام مالك لم يأخذ بالاستحسان المبني على الهوى والتشهي , وكذلك أصول مذهبه لم تبين على هذا النوع من الاستحسان.

ثالثاً - الحنبلة

¹³² انظر : الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة 4/162.

قال القاضي يعقوب بن إبراهيم¹³³ : " القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه الله¹³⁴ ,

وقال ابن مفلح¹³⁵ : "أطلق أحمد القول به -يعني الاستحسان- في مواضع"¹³⁶

اعتراض :

استدل القاضي أبو يعلى¹³⁷ على بطلان القول بالاستحسان بما رواه أبو طالب¹³⁸ عن

الإمام أحمد أنه قال : "أصحاب أبي حنيفة إذا قالوا شيئاً خلافاً للقياس قالوا : نستحسن

هذا وندع القياس , فيدعون ما يزعمون أنه الحق بالاستحسان , وأنا ذاهب إلى كل حديث

جاء , ولا أقيس عليه"¹³⁹.

¹³³ القاضي يعقوب بن إبراهيم بن أحمد العكبري الحنبلي , أبو علي , شيخ الحنابلة , وتلميذ القاضي أبي يعلى , توفي سنة : 486هـ . الذهبي : سير أعلام النبلاء 93/19-94

¹³⁴ ابن قدامة : روضة الناظر وجنة المناظر , ص 85.

¹³⁵ محمد بن مفلح محمد المقدسي الصالح الحنبلي , أبو عبد الله و شمس الدين , كان آية في الذكاء , وغاية في نقل مذهب الإمام أحمد بن حنبل , له : شرح على المقنع , وشرح على المنتقى , وكتاب الفروع , وغيرها , توفي سنة 763هـ . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين 2/183.

¹³⁶ الفتوح : شرح الكواكب الكنير ص 387.

¹³⁷ هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد الفراء الحنبلي , أبو يعلى , القاضي الكبير , له : أحكام القرآن , والمعتمد ومختصره , والعدة في أصول الفقه , وغيرها , توفي سنة 458هـ . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين 1/158-261.

¹³⁸ أحمد بن حميد أبو طالب المشكاني , صاحب الإمام أحمد , روى عنه مسائل كثيرة , وكان الإمام أحمد يكرمه ويقدمه , توفي سنة 244هـ . أبو يعلى : محمد بن محمد بن الحسين الفراء أبو الحسين (ت: 521هـ) طبقات الحنابلة , دار المعرفة بيروت, د.ت 39/1.

¹³⁹ آل تيمية : المسودة على أصول الفقه ص 452. الفتوح : شرح الكوكب المنير ص 387. وقد أطلق القاضي في كلا الكتاتين , والذي يبين لنا أنه أبو يعلى ما ذكره ابن بدران في (المدخل) : إن أصحابنا منذ عصر القاضي أبي يعلى إلى أثناء المائة الثامنة يطلقون لفظ القاضي ويرون به علامة زمانه محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن

فلإطلاق القول بأن الإمام أحمد قد أخذ بالاستحسان فيه نظر , لورود هذه الرواية عنه¹⁴⁰ .

الجواب :

أولا : بين أبو الخطاب¹⁴¹ - تلميذ القاضي - أن إنكار الإمام أحمد متوجه إلى الاستحسان الذي لم يُن على دليل , وذلك من وجهين¹⁴²:

الوجه الأول :

قول الإمام أحمد : "يترك القياس الذي يزعمون أن الحق بالاستحسان" , فلو كان الاستحسان مبنيا على دليل لكان حقا , وهكذا لا ينكره أحد.

الوجه الثاني :

قول الإمام : "وأنا أذهب إلى كل حديث جاء ولا أقيس عليه " , أي أنه يترك القياس بالخبر , وهذا هو عين الاستحسان المبني على الدليل.

أحمد بن الفراء الملقب بأبي يعلى , وكذا إذا قالوا يعلى . ابن بدران : المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ص 409.

¹⁴⁰ الطوفي : سليمان بن عبد القوي , (ت: 716هـ) شرح مختصر الروضة , ط2, مؤسسة الرسالة بيروت 1998م, 202/2, وأبو الريش : التشريع بين استحسان النقل واستحسان العقل ص 141.

¹⁴¹ الإمام محفر بن أحمد الكلوزاني , أبو الخطاب , إمام الحنابلة في عصره , له : الهداية في الفقه , والتهجيب في الفرائض , والتمهيد في أصول الفقه, وغيرها , توفي سنة (510هـ) . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين 11/2.

¹⁴² آل تيمية : المسودة في أصول الفقه ص 452.

ثانيا : جاءت عدة روايات عن الإمام أحمد يقول فيها بالاستحسان , واكتفى بذكر اثنين منها¹⁴³.

الرواية الأولى : روى الميموني¹⁴⁴ عن الإمام أحمد أنه قال : "أستحسن أن يتيمم لكل صلاة".

القياس المعدول عنه : أنه بمنزلة الماء يصلي به حتى يحدث أو يجد الماء".

الاستحسان : أن يتيمم لكل الصلاة .

الرواية الثانية : روى بكر بن محمد¹⁴⁵ عن الإمام أحمد أنه قال : فيمن غصب أرضا فزرعها : "الزرع لرب الأرض , وعليه النفقة , وهذا شيء لا يوافق القياس , ولكن أستحسن أن يدفع إليه نفقته".

والحاصل

أن إنكار الإمام أحمد ليس للاستحسان المبني على الدليل , بل الاستحسان المبني على الهواء, وهذا لا يقول به أحد من أهل العلم الفضلاء , وهو محل إجماع , ولقد رويت

¹⁴³ المصدر السابق ص 451.

¹⁴⁴ عبد الملك بن عبد الحميد الميموني الرقي الحنبلي , تلميذ الإمام أحمد , من كبار الأئمة , حدث عنه النسائي , كان عالم الرقة ومفتيها في زمانه , توفي سنة 274هـ .الذهبي : سير أعلام النبلاء 13 / 89-90.

¹⁴⁵ بكر بن محمد , أبو أحمد ,النسائي الأصل , البغداد المنشأ , كان الإمام أحمد يقدمه ويكرمه , وروى عن الإمام أحمد مسائل كثيرة , ولم يذكر صاحب الطبقات سنة وفاته . أبو يعلى : طبقات الخنابلة 119/1.

مسائل عدة عن الإمام أحمد يقول فيها بالاستحسان , لذلك لا يصح أن يقال : إن في حجية الاستحسان عن الإمام أحمد روايين¹⁴⁶.

يتبين لنا مما تقدم أن أبا حنيفة ومالك وابن حنبل يحتجون بالاستحسان , وهو دليل شرعي معتبر عندهم .

الرأي الثاني :

الاستحسان ليس دليلاً شرعياً , ولا يصح العمل به , ولا الاعتماد عليه , وهو ما ذهب إليه الإمام الشافعي¹⁴⁷ .

ولقد عقد الإمام الشافعي في كتابه (الأم) كتاباً خاصاً بالاستحسان سماه كتاب (إبطال الاستحسان) ساق فيه الأدلة على بطلانه , كما هو ظاهر من عنوانه¹⁴⁸ . كما أفرد

¹⁴⁶ لذلك نجد أن ابن الحاجب والآمدي قد أطلق القول بالاستحسان عند الحنابلة , انظر : التفتازاني : سعد الدين سعود بن عمر (ت: 792هـ) حاشية السعد على الشرح العضد لمختصر المنتهى لابن حاجب , 1م, مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة , 1983م, 2/288.

¹⁴⁷ وهو قول ابن حزم الظاهري أيضاً , قال في (الإحكام) : الباب الخامس والثلاثون : في الاستحسان والاستنباط في الرأي وإبطال كل ذلك والحق حق وإن استقبحه الناس , والباطل باطل وإن استحسنته الناس , فصح أن الاستحسان شهوة , وإتباع الهوى , وضلال بالله تعالى , ونعوذ بالله من الخذلان. ابن حزم : الإحكام 2/ 192-193.

¹⁴⁸ الشافعي : محمد إدريس (ت: 204هـ) الأم , 4م, جار المعرفة بيروت, د.ت 298/7.

الاستحسان بالذكر في كتابه (الرسالة) تحت عنوان (باب الاستحسان)¹⁴⁹ , ومما جاء فيه¹⁵⁰ :

أولا : "..... أن حراما على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسان الخبر".
ثانيا : "..... كان حلال الله وحرامه أولى أن لا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان , وإنما الاستحسان تلذذ" . ولقد ذكر الإمام الشافعي في بداية (الرسالة) : "..... فإن القول بما استحسنت شي يحدثه لا على مثال سبق"¹⁵¹ .

مما تقدم يتبين لنا رفض الإمام الشافعي للاستحسان¹⁵² .

اعتراض :

فإن قيل : لا يصح إطلاق القول بأن الشافعي رفض الاستحسان , لأنه قد قال به في عدة مواضع , منها¹⁵³ :

أولا : أستحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما .

¹⁴⁹ الشافعي : الرسالة ص503.

¹⁵⁰ المصدر السابق ص 504-507.

¹⁵¹ المصدر السابق ص 25.

¹⁵² لكن يمكن أن يجاب عن كل أدلة الشافعي في نفي حجية الاستحسان وذمه أنها محمولة على الاستحسان المبني على الهوى والتشهي , فهي خارجة عن محل النزاع . التشمي : الاستحسان حقيقته ومذاهب الأصوليين فيه ص 121.

¹⁵³ الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام 4/136.

ثانيا : أستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام .

ثالثا : أستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة¹⁵⁴

أجيب :

أولا : إن صحة نسبة هذه الأقوال للإمام الشافعي محل بحث ونظر, لأن الآمدي قبل أن يذكرها في (الإحكام) قال : " وقد نقل عن الشافعي أنه قال :¹⁵⁵ , فلم يجزم بنسبتها إلى الإمام الشافعي , إذ لو كان جازما لقال : قال الشافعي , أو ذكر موضعها فيما كتبه الشافعي .

ثانيا : لو صح النقل عن الإمام الشافعي , فإن معنى الاستحسان في عبارته هو العمل بالاجتهاد , وغالب الرأي في تقدير ما جعله الشرع موكولا إلى رأي الفقيه . ولا أحد من الفقهاء يخالف هذا النوع من الاستحسان¹⁵⁶ .

ثالثا : إن الاستحسان المذكور ليس من باب الاستحسان المختلف فيه إن تحقق , وإنما كلامه مبني على مآخذ فقهية مبنية في محالها ومظانها¹⁵⁷ .

¹⁵⁴ نجوم الكتابة أي أقساطها . ابن منظور : لسان العرب (ن ج م) 570/12.

¹⁵⁵ الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام 4 / 136.

¹⁵⁶ السرخسي : أصول السرخسي 2/190. وقد ساق هذا المعنى في معرض بيانه لمعنى الاستحسان عند الفقهاء .

¹⁵⁷ المحلي : شرح جمع الجوامع 2/354. ومعنى الكلام: أن هذه الشواهد ليست في محل النزاع .

رابعاً : إن الاستحسان المذكور هو من قبيل الاستحسان اللغوي أي عد الشيء حسناً , وليس من قبيل الاستحسان الاصطلاحي¹⁵⁸.

خامساً : إنما أراد الشافعي بالاستحسان العرف¹⁵⁹

الرأي الثالث :

إن الاستحسان ليس دليلاً شرعياً مستقلاً بنفسه , بل هو تابع لغيره من الأدلة الشرعية المعتمدة , وبه قال الشوكاني¹⁶⁰.

المطلب الثاني : حقيقة الخلاف في الاستحسان بين الأصوليين

بعد استعراض مذاهب الأصوليين في حجية الاستحسان نجد أن من أثبت حجة الاستحسان أراد به الاستحسان المبني على الدليل الشرعي المعتمد , وأن من نفى حجية الاستحسان إنما أراد به الاستحسان المبني على الهوى والتشهي دون دليل .

فيمكن أن نلخص إلى نتيجة مفادها : أن الأصوليين في البداية لم يحرروا موضع النزاع في حجية الاستحسان , لكن انتهى الأمر إلى بيان أن الخلاف بين الأصوليين في

¹⁵⁸ البناني : عبد الرحمن بن جاد الله (ت: 1198هـ) حاشية البناني على شرح جمع الجوامع للمحلي , مطبوع مع شرح المذكور 354/2.

¹⁵⁹ منصور : الاستحسان عند الأصوليين ص 202.

¹⁶⁰ الشوكاني : إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ص 241. الشوكاني : وهو محمد بن علي , أبو علي , بدر الدين , له : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار , فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية من علم التفسير , وغيرها كثير. توفي سنة 1250هـ . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين 144/3-145.

حجية الاستحسان خلاف لفظي لا حقيقي¹⁶¹. وهذا ما قرره الأصوليون من مذهب الإمام الشافعي¹⁶².

وأحسب أن السؤالين أتسائل في نفسي يحتاجان إلى الجواب :

السؤال الأول : لماذا اتسعت رقعة الخلاف بين الأصوليين في حجية الاستحسان ؟

السؤال الثاني : ما تفسير موقف الإمام الشافعي من الاستحسان ؟

فأسباب رقعة الخلاف بين الأصوليين في حجية الاستحسان هي التالية :

1. إن الأئمة المذهب القائلين بالاستحسان لم يبينوا المراد منه , ولم يضعوا له حدا أو

تعريفا , مما أدى إلى قضيتين غاية في الخطورة :

القضية الأولى : لم يظهر معنى الاستحسان الدقيق بتفاصيله عند الأئمة وأتباعهم

من زمرة المنكرين له , وهذا ظاهر في كلام إمام الشافعي الذي سبق وذكرنا طرفا

منه.

القضية الثانية : نُسب إلى القائلين بالاستحسان تعريفات له تخالف المعنى الذي

أرادوه , ودليله ما جاء في (التبصرة): "وحكى الشافعي رحمه الله وبشر المريشي القول

¹⁶¹ خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص 81.

¹⁶² انظر الشيرازي : إبراهيم بن علي (ت: 476هـ) , التبصرة , ص 494, واللمع في أصول الفقه, ص 245, والغزالي : المستصفى من علم الأصول 633/1, والآمدي : الإحكام في أصول الأحكام 136/4, التفتازاني : شرح التلويح على التوضيح 81/2.

عن أبي حنيفة بالاستحسان , وهو : ترك القياس لما استحسنه الانسان من غير دليل¹⁶³ .

ونجد المعنى ذاته في (اللمع) : "والاستحسان المحكي عن أبي حنيفة هو : الحكم بما يستحسنه من غير دليل"¹⁶⁴

ثم نجد هذا التعريف تتكرر نسبته لأبي حنيفة حتى عند من قال بالاستحسان , يقول ابن قدامة بعد أن ذكر أولاً معنى الاستحسان عند الإمام أحمد : "الثاني أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله , حكى عن أبي حنيفة أنه قال هو حجة"¹⁶⁵ .

2. عدم تحرير مواضع النزاع في الاستحسان , فالمثبتون له يريدون به : العدول من حكم إلى حكم بدليل , ونفاته يريدون به : العدول من غير دليل . مع أن العدول من حكم إلى حكم من غير دليل لا خلاف في عدم جوازه¹⁶⁶

3. التعصب المذهبي المتمثل في غلو بعض أتباع المذاهب , ورغبتهم في نصره أئمتهم . يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف : "كان الواحد منهم - يعني المتعصبين من أتباع المذاهب - إذا ظفر بعبرة لإمام غير إمامه , ووجد ظاهرها فيه بعض المخالفة استمسك بهذا الظاهر , وأخذ في الرد والإبطال , وجاء سلفه مؤيداً ومبالغاً"¹⁶⁷ .

¹⁶³ الشيرازي : التبصرة في أصول الفقه ص 492.

¹⁶⁴ الشيرازي : اللمع في أصول الفقه ص 244.

¹⁶⁵ ابن قدامة (الموفق) : روضة الناظر وجنة المناظر ص 85.

¹⁶⁶ الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام 136/4 , والتفتازاني : شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح 2/ 81.

¹⁶⁷ خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لائنص فيه ص 82.

وهذا ما أشار إليه التفتازاني بقوله : "ومبنى الطعن من الجانبين على الجرأة وقلة

المبالاة"¹⁶⁸.

جواب السؤال الثاني :

لا شك أن موقف الإمام الشافعي من الاستحسان يحتاج إلى تفسير , لأن الإمام الشافعي تلقى العلم من الإمام مالك والإمام محمد بن الحسن الشيباني , وكلاهما من القائلين بالاستحسان , فهل يعقل أن الإمام الشافعي لا يعرف معنى الاستحسان عندهما ؟ وهل يعقل أن الإمام الشافعي لا يعرف أن ما كتبه في إبطال الاستحسان بعيد كل البعد عن الاستحسان الذي قال به الإمامان أبي حنيفة ومالك؟ إليك بيان هذه المسألة :

البيان الأول :

إن الإمام الشافعي إنما نازع في إطلاق الاستحسان على العدول عن حكم شرعي بسبب العادة التي قصد بها : عادة من لا يحتج بعادته , ومثلها لا يترك به الدليل الشرعي . أما إن كان المقصود بها ما اتفق عليه أهل الحل والعقد في الأمة , فلا شك في صحتها , وصحة الاستحسان المبني عليها , لأنه استدلال بالإجماع¹⁶⁹ . فخلافاً للشافعي في هذا النوع فقط.

¹⁶⁸ التفتازاني : شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح 81/2.

¹⁶⁹ الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام 138/4

ويمكن أن يعترض هذا التفسير: بأنه كان يسع الإمام الشافعي أن يبين أن استحسان العادة غير المعتبر شرعا هو الباطل , لكنه أبطل الاستحسان جملة وتفصيلا.

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن أنواع الاستحسان لم تكن متميزة , فأنكره جملة.

البيان الثاني :

إن ما وقع من الإمام الشافعي سبق قلم , فقد فاته أن ينبه على نوعين من الاستحسان : أحدهما مقبول والآخر مردود¹⁷⁰ . ومما يؤيد هذا البيان أن الأدلة الإمام الشافعي غير متجهة إلى الاستحسان الذي ذكره الحنفية , هذا من جهة . ومن جهة أخرى لو كان الشافعي قصد الاستحسان المعروف عند الحنفية لأبطل دليل القياس عنده ويمكن أن يعترض على هذا التفسير: بأن الإمام الشافعي قد نسب إلى أبي حنيفة أن الاستحسان هو ترك القياس لما استحسنته الانسان من غير دليل¹⁷¹ . وبالتالي هو يبطل هذا المعنى الذي وصله , فليس هناك إلا نوع واحد من الاستحسان بالنسبة له .

ويجاب عن هذا الاعتراض :

الاعتراض الأول :

¹⁷⁰ الكوثري : محمد زاهد , مقدمة الكوثري على نصب الراية , نصب الراية للزيلعي , دار إحياء التراث العربي ط3, 1987م , ص23-24.

¹⁷¹ الشيرازي : التبصرة في أصول الفقه ص 492.

من غير المعقول أن ينسب الإمام الشافعي لأبي حنيفة تعريفا للاستحسان في الوقت الذي لم نجد هذا التعريف عند تلاميذ أبي حنيفة أنفسهم , ففي صحة هذه النسبة إلى الشافعي وإلى أبي حنيفة نظر.

الاعتراض الثاني :

من غير معقول أن الإمام الشافعي لم يدرك المعنى الحقيقي للاستحسان عند الحنفية , وهو الذي أخذ العلم من محمد بن الحسن الشيباني¹⁷².

البيان الثالث :

إن الإمام الشافعي قد وجد بعض مناظريه من أتباع المذهب الحنفي - كبشر المريسي¹⁷³ - يحتجون بالاستحسان دون أن يكون له سند عندهم , فوجه حملته ضدهم¹⁷⁴. ومما يؤيد هذا البيان أن بشرا المريسي قد نسب إلى أبي حنيفة أن الاستحسان هو : ترك القياس لما استحسنه الانسان من غير دليل¹⁷⁵.

ويمكن أن يعترض هذا البيان بالاعتراض التالية :

¹⁷²172 السائس : محمد علي , تاريخ الفقه الإسلامي , ط1 , 1م , دار الفكر , دمشق 1999م ص 176.

¹⁷³ هو بشر بن غياث المريسي , أبو عبد الرحمة , فقيه معتزلي , يرمى بالزندقة , تفقه على يد إبي يوسف صاحب إبي حنيفة , ناظر الإمام الشافعي ولم يرجع ما عليه من الاعتقاد . ت: 219هـ . المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين 142/1

¹⁷⁴ شلبي : محمد مصطفى , الاستحسان في الفقه الإسلامي وعلاقته بالاستثناء في التشريع ص 125-127 من ندوة (الفقه الإسلامي أساس التشريع) المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية , القاهرة , 1971م , ص 161.

¹⁷⁵ الشيرازي : التبصرة في أصول الفقه ص 492.

1. إن الثابت أن الإمام الشافعي قد ناظر بشر المريسي في مسائل اعتقادية كلامية , لا في مسائل فقهية¹⁷⁶ .

2. إذا كان بشر المريسي من أهل البدع , فكيف يبنى على ما يقوله وينسبه!

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض :

1. لا يوجد ما يمنع من مناظرة إمام الشافعي لبشر المارسي في مسائل الفقهية , وإن كانت مناظراته له أكثرها من مسائل اعتقادية , أما إن لم يجد المعارض المسائل الفقهية التي تناظر فيها بشر والإمام الشافعي , فنفي الوجدان لا يلزم منه نفي الوجود.

2. أن بدعة بشر في عقيدته , فما الذي يمنع أن نقبل منه ما يقوله في غيرها .

البيان الرابع :

إن الإمام الشافعي وجد أن الاستحسان غير متضح المعنى عند بعض مناظريه من الحنفية الذي لجؤوا للاستحسان دون بيان ماهيته عند عجزهم عن المناظرة الصحيحة¹⁷⁷ .

ويمكن أن يعترض على هذا البيان بأن الاستحسان إن لم يكن واضحا في أذهان البعض , فالمفروض أن يطلب بيانه , لا أن يبطل , وإن كان هؤلاء المناظرون عاجزين عن بيانه , فهل كان محمد بن الحسن عاجزا عن هذا البيان؟

¹⁷⁶ المراغي : الفتح المبين في طبقات الأصوليين 142/1-145.

¹⁷⁷ شلبي : أصول الفقه ص 272, ورحال : الاستحسان مسلك الدليل الشرعي وتطبيقه ص 901..

البيان الخامس :

إن ترك الدليل المصلحة , والأخذ بمبدأ المصلحة المجرد , من غير محاولة الحمل على النصوص , هو ما سماه الشافعي استحسانا وأنكره , أي أن إنكاره متوجه لهذا النوع من الاستحسان المشتهر عند المالكية¹⁷⁸ .

ومما يؤيد هذا التفسير أن الإمام الشافعي في إبطاله للاستحسان شدد على أن المرجعية في الأحكام ينبغي أن تكون للكتاب والسنة والإجماع والقياس , واستحسان الحنفية مبني عليها , أما الاستحسان المالكية , فيقول الشاطبي : "ومقتضاه (أي الاستحسان) الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل -أي المصلحة المرسل- على القياس"¹⁷⁹ , وهذا ما لا يراه الإمام الشافعي جائزا .

ويمكن أن يعترض على هذا البيان بأن أصولي المذهب الشافعي شنوا حربا لا هوادة فيها على الاستحسان الذي قال به الحنفية , وشنعوا على الحنفية في بعض الفروع التي بنيت على الاستحسان , هذا ولم يرد ذكر للمالكية في هذه المسألة¹⁸⁰ .

ويجاب عن هذه الاعتراض :

¹⁷⁸ أبو زهرة : محمد أحمد (ت:1973م) , مالك (حياته وعصره آراءه وفقهه) , ط3, 1م, دار الفكر العربي , القاهرة , 1997م, ص286.

¹⁷⁹ الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة 162/4.

¹⁸⁰ انظر , الشيرازي : التيسرة في أصول الفقه ص 492 و ص 494.

أولا : إن الحنفية — وفي مقدمتهم الإمام أبو حنيفة — هم أول من أطلق لفظ الاستحسان

إلى قضاء الفقه , فدار في فلکهم , فصاروا يعرفون به , وبهم يعرف .

ثانيا : إن الحنفية من أكثر الفقهاء استعمالا للاستحسان بلا منازع .

ثالثا : نسب للإمام أبي حنيفة تعريفات للاستحسان غير مقبولة.

من أجل هذا توهم بعض الشافعية أن حملة إمامهم ضد الاستحسان قد شنت على الحنفية

, فساروا وراء هذا الوهم دون تحقيق , حتى جاء من حقق فقال : إن الخلاف لفظي¹⁸¹

الحاصل :

إن الإمام الشافعي أنكر نوعين من أنواع الاستحسان هما استحسان العادة

واستحسان المصلحة , ولما لم تكن هذه الأنواع متميزة في عصره , حيث كان يُكتفى بذكر

حكم المسألة , والاستدلال إليه بقولهم : "استحسانا " أبطل الشافعي الاستحسان جملة ,

فخلافه في هذين النوعين خلاف حقيقي , أما سائر الأنواع فلا خلاف للشافعي فيما سواء

سميت استحسانا أو غير ذلك , أي أن خلافه فيها لفظي .

وبهذا يجاب عن هذا السؤال : كيف يعقل أن ينكر الإمام الشافعي الاستحسان

الذي قال به الإمام مالك ومحمد بن الحسن الذان درّساه ثم يكون خلافه معهما لفظيا فقط؟

¹⁸¹ الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام 4 / 138.

مما يعني أنه لم يفهم المراد من الاستحسان عندهما , وهذا ما نبجل الإمام الشافعي عنه , بل
ولا نتصوره في حقه رحمه الله¹⁸² .

¹⁸² تطبيقات الاستحسان في عقد البيع للدكتور حسان عوض إبراهيم أبو عرقوب.